

Chers amis,

Deux ans se sont écoulés depuis le jour où Emer Finnegan m'a proposé de prendre sa place en tant que "secrétaire général" de l'Amicale. Le mandat de l'actuel Conseil d'administration arrive à son terme et comme je l'ai annoncé lors de la Conférence de Florence en juin dernier, je ne me porterai pas candidate à un nouveau mandat de SG.

Très récemment un collègue m'a dit ironiquement que le titre de "secrétaire général" lui faisait penser au parti communiste de l'ancienne URSS et il m'a demandé quel était, en fin de compte, le but de notre association. Mettant de côté l'anachronisme éventuel des titres prévus dans nos "statuts", l'équipe qui a pris en charge l'Amicale ces deux dernières années a eu pour objectif tout simplement de rapprocher les référendaires travaillant où ayant travaillé à la Cour et au Tribunal.

Indépendamment de l'expérience professionnelle ou personnelle que chacun d'entre nous a vécu ou vit encore au Luxembourg, nous nous accordons tous sur le fait que règne au sein de l'institution une ambiance de travail exceptionnelle, difficile - ou pour les plus sceptiques ... impossible - de trouver ailleurs.

Jusqu'il y a quelques années cette ambiance se créait naturellement, résultant de la rencontre de personnes venant de cultures différentes et motivées dans leur travail et qui, de plus, se trouvaient "isolées" de leur famille et amis dans un petit pays où il pleut beaucoup.

Mais la Cour s'agrandit très vite (nous sommes actuellement 115 référendaires/lecteurs d'arrêts), la charge de travail augmente, ce qui rend plus difficile d'établir et d'entretenir spontanément les liens au sein du groupe (pourtant, le pays ne s'est pas agrandi et la pluie n'a pas diminué!).

L'Amicale sert ainsi de "forum" d'intégration (pour les nouveaux arrivés), de rencontre (pour les anciens) et de discussion entre collègues et amis et, par conséquent, facilite les rapports de travail parce qu'il est évident que "l'on travaille mieux ensemble lorsque l'on se connaît"!

Ces deux dernières années, j'ai pu compter sur la collaboration d'une équipe formidable afin de développer quelques activités qui pouvaient alimenter cette énergie.

Ainsi, afin de faciliter la communication au sein de notre association, **Dieter Kraus** a créé et enrichi le site www.amicuria.org qui permet à tous d'accéder facilement à toute information concernant l'Amicale, de rentrer en contact avec les personnes responsables des différentes activités, de participer à ces activités et d'actualiser leurs coordonnées dans le répertoire en ligne.

Françoise Blum, Friedrich Erlbacher et Marie Demetriou se sont chargés de vous apporter des nouvelles, deux fois par an, avec la rédaction du Bulletin.

Nous avons également organisé deux conférences: la première a réuni à la Cour, le 30 juin 2000, Giuliano Marengo, Michel Waelbroeck, Anne Spiritus-Dassesse et Nicholas Forwood, personnalités imminentes du monde du Droit de la concurrence qui nous ont parlé de la réforme du Droit de la concurrence.

La deuxième, grâce aux talents d'organisation de **Maria Chiara Malaguti, Martin Johansson** et **Luigi la Marca**, a réuni à Florence, les 25 et 26 mai 2001, un fabuleux groupe d'orateurs - Emer Finnegan, Álvaro Oliveira, Gisèle Vernimmen, Christian Kohler, Takis Tridimas et Jacques Ziller - que l'on tient encore à remercier - sur la création d'un espace de Liberté, de Sécurité et de Justice dans l'Union européenne. Cette deuxième formule, à savoir la réunion des membres de l'Amicale lors d'une conférence dans un cadre si beau et ensoleillé que Florence, a été très applaudie par tous ceux qui y ont participé et le "challenge" d'organiser nos conférences à l'extérieur, au moins chaque deux ans, est ouvert...

Au Luxembourg, afin de dynamiser l'ambiance à la Cour, nous avons institutionnalisé deux importants événements: le "pot des nouveaux référendaires", verre d'accueil des nouveaux référendaires, ouvert à tous les membres de l'association, qui a lieu environ deux fois par an, chaque fois que le nombre de nouveaux référendaires l'impose; et le "Quiz", grande compétition de culture générale ouverte à tous ceux qui travaillent à la Cour ainsi qu'à leur famille et qui, grâce aux efforts d'une excellente équipe réunissant des référendaires et aussi des non-référendaires, devient chaque année un "must" incontournable.

L'organisation et la réalisation de toutes ces activités n'auraient pas été possible sans le travail, l'enthousiasme et les nombreux conseils de **Martin Johansson, Dieter Kraus, Emer Finnegan, Friedrich Erlbacher, Françoise Blum, Luigi la Marca et Pierre Mathijsen**.

Je tiens encore à remercier **Maria Sá Martins**, assistante au cabinet de M. le juge Moura Ramos, pour avoir pris en charge, durant ces deux années, les tâches administratives de notre association.

À vous tous ... un très grand merci pour votre amitié.

Sofia Alves

Vous trouverez dans cette édition du bulletin ...

- ☞ des résumés de interventions de Emer Finnegan, Christian Kohler, Gisèle Vernimmen et Takis Tridimas lors de la **conférence à Florence** sur des thème spécifiques relatives à la création d'un espace de Liberté, de Sécurité et de Justice dans l'Union européenne;
- ☞ un article de Benoît Guiguet sur la **pratique d'autres juridictions internationales en matière de fonction publique**, à savoir celle du Tribunal Administratif des Nations Unis et du Tribunal Administratif de l'Organisation Internationale du Travail;
- ☞ un témoignage de notre ancien collègue Gerhard Grill sur ses expériences auprès du médiateur européen au sein de notre rubriques "**Mes rapports préalables d'aujourd'hui**"
- ☞ et, comme toujours, une mise à jour des **arrivées et départs** de référendaires de la Cour et du Tribunal.

Bonne lecture !

Friedrich Erlbacher
(Membre du conseil d'Administration,
coordinateur de cette édition du bulletin)

mais avant de tourner la page ...



... au nom de tous les membres du conseil d'administration sortant et, nous en sommes sûrs, au nom de tous les membres de l'Amicale, il nous reste à dire très chaleureusement un très grand **merçi à Sofia Alves** qui a assumé, avec tant d'enthousiasme, d'efficacité et de talents, le rôle de Secrétaire Générale pendant ces deux dernières années !!! Tu restes gravée dans nos coeurs !!!



La conférence de l'année 2001:

La création d'un espace "de Liberté, de Sécurité et de Justice" dans l'Union européenne: objectifs, aspects institutionnels, protection juridictionnelle

Florence, l'Institut Universitaire Européen, les 25 et 26 mai 2001

Pour ceux qui n'ont pas pu assister à ces moments mémorables, vous trouverez des photos sur le site de l'Amicale !!!

Integration of the Schengen acquis into the framework of the European Union: methods and consequences

by Emer Finnegan, Member of the Legal Service of the Council

Introduction

The Schengen process began when, in June 1985, France, Germany and the Benelux States signed an Agreement in Schengen on the gradual abolition of checks at their common borders¹. This initial Agreement was largely aspirational in nature. In June 1990 these aspirations were given concrete expression by the Schengen Convention itself². Italy signed up later in 1990, Spain and Portugal signed in June 1991, Greece followed in November 1992, Austria in April 1995 and Denmark, Finland and Sweden in December 1996. A cooperation agreement was also signed in December

1996 between the Schengen States and Iceland and Norway. By the time the Amsterdam Treaty entered into force, 10 States were actually applying the Schengen provisions³.

The Convention

The basic principle of freedom of movement of persons was set out in Article 2 of the Convention: "Internal borders may be crossed at any point without any checks on persons being carried out". The rest of the Convention (142 articles long) concerned the so-called compensatory

¹ The text is available in OJ L 239, 22.9.2000, p. 13.

² Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985; text available in OJ L 239, 22.9.2000, p. 19.

³ The Final Act of the Schengen Convention drew a distinction between "entry" into force of the Convention, which was the point at which the States became bound under international law, and "bringing" it into force, which was the point at which the States began applying the Schengen provisions.

measures which were needed in order to minimise the risk that the abolition of checks on internal borders would facilitate criminal activity and illegal immigration. To this end, one title of the Convention contained provisions on the crossing of external borders, on visas and residence permits and other provisions concerning the movement of "aliens" as they were known in Schengen jargon. A section on asylum was later disapplied after the Dublin Convention entered into force for the Member States⁴⁵. Another title contained provisions on police cooperation, which included mutual assistance in criminal matters generally, assistance in relation to extradition, as well as the right of hot pursuit and the right to carry out covert surveillance operations in another Schengen State. In that title there was a chapter on firearms, some provisions of which were partially superseded later by Community legislation on firearms.

And finally, another title of the Convention established the Schengen Information System, or SIS, which is the computer network through which the participating States communicate information to each other for the purposes of the Convention. The SIS is really the backbone of the Schengen system and consists of a central database, located in Strasbourg, and a national database in each of the participating States. Together with its support system, called Sirene, it has been

described as Europe's largest database. The SIS system itself acts as a kind of index to the Sirene system, the purpose of which is to facilitate the exchange of supplementary information. Currently the SIS as a whole contains about 10 million files. Over 8.5 million concern missing objects such as stolen vehicles and official documents. The rest concern individuals, who may be unwanted aliens to whom entry to the territory is to be denied, criminals wanted for extradition, suspected criminals under surveillance, witnesses and those summonsed to appear before a criminal court, persons who are to be served with a criminal judgment or missing persons. By far the largest category is the "unwanted alien" category, which accounts for nearly 90% of the files on individuals. The system can be consulted from over 50,000 computer terminals, by police officers as well as by immigration officials and diplomatic staff responsible for issuing visas⁶.

The principle of the system is that designated competent authorities in each State can make an entry called an "alert" into their national system (N.SIS). This is transmitted to the central database (C.SIS) in Strasbourg which distributes it to all the other national databases. Where a police officer or border guard runs a check and realises that a person or object is entered in the system (this is known as a "hit" in Schengen jargon), he must take the appropriate action, whether this is to deny the alien entry, to confiscate the stolen passport or vehicle, or to make the necessary arrest. One possible scenario could be that an Italian police officer stops and questions someone, for example because the person is committing a road traffic offence. When he runs a check in the SIS he sees that the person in question is wanted by the authorities in Austria. He

⁴ Convention determining the State responsible for examining applications for asylum lodged in one of the Member States of the European Communities, OJ C 254, 19.8.1997, p. 1.

⁵ The Schengen Convention provided not only that its provisions would apply only insofar as they were compatible with Community law (Article 132), but also that when conventions were concluded between the Member States with a view to the completion of an area without internal frontiers, the relevant provisions of the Schengen Convention would be replaced or amended in consequence (Article 142).

⁶ See "The Schengen Information System; A human rights audit", JUSTICE 2000.

lets his Sirene office know, which informs the Austrian Sirene office. The person is in fact wanted for murder in Austria. In the meantime, the Italian police officer provisionally arrests the person; extradition will then be carried out in accordance with national rules and the international extradition arrangements in place between the two countries. Another typical use for the SIS could involve a French diplomat in a consular office in Egypt, who processes a request for a visa made by an Egyptian national who wishes to visit relatives in Paris. He checks the SIS and sees that Germany has issued an alert on that individual for the purposes of refusing entry to the territory. The request for a visa is refused.

The Treaty of Amsterdam and the Schengen Protocol

To some extent, the Schengen process, with its aim of enhancing European integration and the free movement of persons, had always been seen as a laboratory for possible future Community action, and once justice and home affairs (JHA) matters had entered, if not the Community arena initially, but at least the Union arena, under the Maastricht Treaty, it was not surprising that negotiations on the Amsterdam Treaty would address the possibility of bringing the Schengen provisions into the framework of the Union. The question was: how should this be done?

The basic solution is set out in the Schengen Protocol which is annexed both to the Treaty on European Union (TEU) and to the Treaty establishing the European Community (TEC). Article 1 provides that the 13 Member States signatories to the Schengen Agreement and Convention are authorised to establish closer cooperation among themselves within the scope of those agreements and related provisions (known as the Schengen *acquis*). The

cooperation is to be conducted within the institutional and legal framework of the EU and with respect for the relevant provisions of the TEU and the TEC.

This is interesting because it evokes the concept of closer cooperation - provisions allowing for closer cooperation were of course inserted both in the TEU and the TEC. However, the closer cooperation relating to Schengen, which is the most important practical example of such cooperation (together with the euro which is also subject to its own specific rules) is dealt with in accordance with the rules set out in the Schengen Protocol itself and the other related Protocols, and not in accordance with the general rules on closer cooperation set out in the Treaties.

Article 2 provides that the Schengen *acquis* immediately applies to the 13 Member States in question as of the date of entry into force of the Treaty of Amsterdam. However, actual application in practice of the Schengen *acquis* by the Nordic States⁷ was subject to a further decision of the Council permitting the Nordic States to do so⁸. This was because the Nordic States were still in the process of making all the necessary preparations in order to fulfil the obligations imposed by the Schengen *acquis*. Such preparations involved the connection of the Nordic States to the SIS itself, the physical changes which had to be made in their airports and ports in order to separate Schengen and non-Schengen traffic, the training of staff involved and the adaptation of national laws and practices so as to conform with all of the rules of the Schengen *acquis*. All these preparations were extensively checked by the States already applying the *acquis*. The Nordic States finally began applying the

⁷ Denmark, Finland and Sweden, together with Iceland and Norway.

⁸ OJ L 309, 9.12.2000, p. 24.

Schengen acquis in full on 25 March of this year.

Article 2 of the Protocol provides the basis for further decisions to be taken by the Council; a first decision, to be taken acting by unanimity of the 13 Member States bound by the acquis, which would define the Schengen acquis in detail, and a second decision, acting by unanimity of all 15 Member States, which would determine the legal basis for each of the provisions of the Schengen acquis. These will be looked at in more detail later.

The position of Denmark

Article 3 of the Protocol deals with the position of Denmark. Although Denmark was a signatory to the Schengen arrangements, it was not prepared to participate in communitarised JHA activity. The Schengen Protocol reflects this, so that, for those provisions of the Schengen acquis which are determined to have a legal basis in the TEU, Denmark continues to have the same rights and obligations in relation to the other signatories to the Schengen agreements as before. Since Denmark participates fully in TEU legislation, this means that Denmark will be fully involved in the development of the TEU parts of the Schengen acquis.

However, for those provisions of the Schengen acquis which are determined to have a legal basis in the TEC, Denmark simply maintains the same rights and obligations in relation to the other signatories as before. This essentially means that Denmark continues to be bound by the existing provisions of the Schengen acquis which have a TEC legal base, but will not participate in or be bound by their development. However, in the Protocol on the position of Denmark (also annexed to both Treaties) it is nevertheless spelt out that where the Council has adopted a TEC

act building on the provisions of the Schengen acquis, Denmark has 6 months to decide whether it will implement this act in its national law. Such a decision creates an obligation under international law between Denmark and the other Member States applying the Schengen acquis. If Denmark decides not to implement the act, the other Member States will consider appropriate measures to be taken. It is not clear what these measures would be, but it would be extremely problematic if Denmark were to refuse to do so. There are difficulties with the 6 months maximum deadline: this is all very well in the case of a directive, where in any case there will normally be an implementation period of 18 months or more, but it may not be acceptable in the case of a regulation for Denmark to adopt equivalent provisions a whole 6 months after its entry into force. It is also most unsatisfactory that any interpretation by the Court of Justice (ECJ) of a TEC act developing the Schengen acquis will not be binding on or applicable in Denmark; this is specifically excluded by the Danish Protocol.

The position of Ireland and the UK

Article 4 of the Schengen Protocol allows the UK and Ireland to request to take part in some or all of the provisions of the Schengen acquis. The UK and Ireland were the only Member States which had chosen not to sign up to the Schengen arrangements, because of the UK's desire to maintain complete control over its own border checks. It was already known at the time the Protocol was drafted that the UK was interested in participating in the TEU (or "criminal") aspects of the Schengen acquis, although not in the TEC (or "free movement") aspects, and this article was crafted with that in mind. Since then, the Council decided (in May 2000) that the UK could indeed participate in some of the

provisions of the Schengen acquis⁹. However, it is not actually applying those parts of the acquis yet and there will need to be a further Council decision authorising it to do so before it can start. At the moment, the question of how to keep separate the data in the SIS relating to criminal issues from the data relating to free movement of persons is under examination. Ireland was not opposed to the Schengen arrangements in principle, but did not wish to jeopardise the operation of the common travel area which exists between Ireland and the UK. Therefore, it was obliged to follow the UK's initial decision not to participate in the Schengen arrangements themselves, and now it has been obliged to follow the subsequent decision to opt out of those arrangements now that they have been integrated into the framework of the Union. Ireland has also asked to participate in more or less the same provisions of the Schengen acquis but so far the Council has not decided on the request.

There are two other Protocols governing the position of the UK and Ireland with respect to border controls and TEC aspects of JHA matters. Under the second of those protocols, the UK and Ireland have the right to opt in to TEC instruments at the drafting stage, or afterwards, under certain conditions. In practice, of course, the UK and Ireland will not seek to opt in to a Schengen-related TEC instrument, such as a regulation concerning border controls based on Article 62(1), if such should be proposed in the future, because this would be inconsistent with their overall approach. However, they do choose to opt in to other TEC instruments, particularly those relating to judicial cooperation in civil matters.

The position of Iceland and Norway

Article 6 of the Schengen Protocol provides that Iceland and Norway shall be associated with the implementation of the Schengen acquis and its further development. This was necessary in order for the Nordic States to preserve their passport union and also reflected the fact that, as mentioned above, Norway and Iceland had already signed an agreement on participation in the Schengen arrangements before the Treaty of Amsterdam was signed. It is most unlikely that the Nordic Member States could have agreed to participate in the Schengen arrangements unless adequate account were taken of the position of Iceland and Norway, if only because the border between Sweden and Norway is, in practice, impossible to police effectively and it would have been unacceptable to Sweden to have to attempt to close that border. Politically, the other Nordic states also needed the position of Iceland and Norway to be taken into account.

To that end, as provided for in the Protocol itself, an association agreement was concluded between those two States and the Council in 1999, which came into force in 2000¹⁰. It is understood that this was the first time the Council had concluded an international agreement on a subject not entirely within the competence of the Community. It is not specified on behalf of whom the agreement with Iceland and Norway has been concluded. The most likely explanation is probably that the agreement is concluded on behalf of the European Community insofar as it concerns Community matters, and on behalf of the European Union, insofar as it concerns Union matters. However the agreement itself is silent on this. Since then, the Council has in fact specifically concluded an agreement on behalf of the

⁹ OJ L 131, 1.6.2000, p. 43.

¹⁰ OJ L 176, 10.7.1999, p. 36.

Union (on a different matter) in April of this year¹¹.

The association agreement between the Council and Iceland and Norway is an institutional innovation which allows Iceland and Norway to take part in what is known as decision-shaping concerning further development of the Schengen acquis, although they do not participate in the adoption of the decision itself. They sit in what is known as the Mixed Committee which meets at all levels of the Council, from the technical working groups to the Council itself at Ministerial level. For example, at the technical level, in the SIS-tech working party which deals with the technical aspects of running the SIS network, delegates from Iceland and Norway sit around the table with their Member State counterparts and participate in all the discussions on the agenda. Formal decisions on those discussions are taken at the end of the meeting, after a short pause to allow the Icelandic and Norwegian delegates to leave. Once the Council has decided on the measure in question, Iceland and Norway are both obliged to implement that measure in their national law. If they do not do so, the agreement will be automatically terminated, unless the Mixed Committee decides otherwise. In practice, this means that they both must accept the measure in question.

At the same time as the agreement itself was approved, the Council adopted a decision on arrangements for its application¹². This is largely designed to make the task of deciding whether or not a measure is Schengen-related easier. It lists certain areas, such as the crossing by persons of the external borders, the rules on short-stay visas, and the forms of police cooperation falling within the provisions of

the Schengen Convention, to which the procedures laid down in the agreement will apply when it comes to developments in those areas. Of course, such a determination is relevant not only in relation to the agreement with Iceland and Norway, but also in relation to Denmark, as if the measure under discussion falls within Title IV TEC but is not Schengen-related, Denmark is under no obligation to consider transposing equivalent measures as a matter of national law.

Definition of the acquis and allocation of a legal basis

It is proposed to turn now to the two Council decisions defining the Schengen acquis and allocating a legal base to that acquis. The first decision, on the definition of the acquis, taken by 13 Member States (minus Ireland and the UK), gives a clear overview of the Schengen acquis, including not just the 1985 Agreement and the 1990 Convention, and the various accession protocols, but also numerous Executive Committee decisions (the Executive Committee was essentially the decision making body set up under the Convention)¹³. Almost all of this acquis was published in the Official Journal, although some texts which contained operationally sensitive material were kept confidential. The decision also lists those parts of the Schengen acquis which did not need to be allocated a legal basis. Some elements of the Schengen acquis had been superseded by Community law and other arrangements, some were of purely historical relevance, and the specific institutional provisions were no longer applicable.

The second decision (taken by all 15 Member States) actually allocates an EU or EC legal basis to those parts of the

¹¹ OJ L 125, 5.5.2001, p. 1.

¹² OJ L 176, 10.7.1999, p. 31.

¹³ OJ L 176, 10.7.1999, p. 1.

Schengen acquis which needed one¹⁴. So, for example, the provisions of the Convention and the Executive Committee decisions dealing with aspects of visa policy have been allocated a legal basis within Article 62 of the TEC. On the other hand, the provisions of the Convention on hot pursuit by police forces have been allocated to Articles 32 and 34 of the TEU. Interestingly, no distinction is made between the status of the provisions of the Convention itself and decisions of the Executive Committee: both are treated as forming part of secondary TEC or TEU law.

The problem of the SIS

However, there is one aspect of the Schengen acquis that was not allocated a legal basis, even though it needed one, and that consists of the provisions dealing with the Schengen Information System itself. This was a highly contentious issue, because some delegations considered that the data in the SIS concerning persons who should be denied entry into the territory should be treated as Community-related data. Other delegations refused to concede that there was a need for a TEC legal basis in respect of any part of the SIS. To avoid deadlock on the entire package, the legal basis for the provisions dealing with the SIS was not determined, and it simply says "pour mémoire" or "for the record" in the decision. Article 2 of the Schengen Protocol provides that, as long as such determination has not been made, the provisions making up the Schengen acquis shall be regarded as acts based on Title VI of the TEU. Therefore, for the moment, the provisions dealing with the SIS are, by default, considered to have a TEU legal basis, which cannot be challenged before the ECJ, because under the terms of the Protocol the ECJ only has jurisdiction once a decision allocating the provisions of the

acquis to a particular legal basis has been taken. However, this part of the Protocol is specifically stated to be without prejudice to the rule in Article 5 of the Protocol which provides that proposals and initiatives to build upon the Schengen acquis shall be subject to the relevant provisions of the Treaties. Therefore, developments of the Schengen acquis must be founded on the correct legal basis, whether that is to be found in the TEC or the TEU.

It is now considered necessary to adapt the SIS so that it is technically possible to connect the new Member States after enlargement, which is impossible at the moment, as well as to make other improvements. Many delegations continue to hold the view that it is not possible to build on the Schengen acquis concerning SIS by using a TEU legal basis alone, as this simply does not correspond to the reality of the system. This would imply that TEC and TEU acts may both be necessary, as it can be argued that it follows from the provisions of Article 47 of the TEU, which provides that nothing in the TEU shall affect the TEC, that if the Community is competent to adopt a particular act, then a Union measure purporting to adopt an equivalent act is not permissible. It is not considered possible for a single legal act to have a dual TEC and TEU legal basis, apart from anything else because the provisions concerning the jurisdiction of the ECJ are so dissimilar.

Financing of the SIS

Another anomaly concerning the SIS is that it continues, at least for the moment, to be financed on an intergovernmental basis, despite the fact that, even leaving aside the question of the TEC aspect of the SIS, the Treaty of Amsterdam provides that operational expenditure in respect of TEU matters shall be charged to the budget of the European Communities unless the

¹⁴ OJ L 176, 10.7.1999, p. 17.

Council unanimously decides otherwise. (This was itself an intriguing change of heart by the Member States, because the Maastricht Treaty had provided exactly the opposite.) However, with respect to the SIS, the integration of the Schengen acquis, including various provisions on financing, has until now resulted in the continuation of intergovernmental financing, although the Council has recently adopted conclusions to the effect that this will not continue to be the case with respect to the development of the SIS for the future. The present arrangements have in turn required the elaboration of specific financial regulations and specific budgets in order to operate various aspects of the SIS. Two of those budgets are currently managed by the General Secretariat of the Council on behalf of the Member States concerned but this is regarded as a stop gap measure and the Secretariat, which does not normally have an operational role but rather an administrative one, has indicated that it is not prepared to continue to perform this role in the future. This issue is currently under discussion in the Council.

Consequences of integrating the acquis

Having given this brief overview of the approach which was adopted firstly concerning the position of the different States with respect to the Schengen acquis, and secondly concerning the definition of the acquis itself and the allocation (partial so far) of a legal basis to that acquis, it may be useful to mention some practical consequences of the integration of the Schengen acquis into the framework of the European Union.

One important consequence is that the existing acquis itself has been rendered more transparent. Most of the acquis has now been published in the Official Journal and requests by the public for documents relating to that acquis (even documents

dating from before the date of integration of the acquis) are handled in accordance with the normal Council rules on access to documents. Some more material has recently been declassified, and it is likely that this process will continue. One of the major criticisms of the Schengen arrangements in the past was precisely the almost total lack of transparency concerning the rules which had been agreed.

Furthermore, the development of the acquis is now subject to the normal rules of the Treaties. This has important institutional consequences. The European Parliament must be consulted on legislative proposals for the development of the Schengen acquis. Many (although by no means all) Member States have also got fairly comprehensive arrangements for consultation on draft legislative proposals within their own parliamentary structures, so that national parliaments can have a say while the proposals are still under discussion. The Commission can now play its normal role as guardian of the TEC. In addition, since Community financing has now been chosen for the future operation of the SIS, this will involve both the Commission and the European Parliament in the process in accordance with the normal rules governing the elaboration and implementation of the budget of the European Communities. Under the present intergovernmental arrangements, they are effectively excluded from any such role. It also means that developments of the Schengen acquis can be reviewed by the ECJ in accordance with the relevant provisions either of the TEU or of the TEC.

The gradual development of the Schengen acquis is also subject to standard Community rules on quality of drafting. The sheer volume of the acquis meant that it was not simply not possible to attempt to rewrite the acquis so as to put it into a

Community or Union format, even if this had been considered appropriate or necessary. It was clear in any event that the Member States did not wish to undertake such an exercise, with the attendant risk of reopening discussions on many sensitive issues. However, it can be said that certain provisions of the Convention itself, and in particular, many provisions of the decisions of the Executive Committee do not conform to agreed Community drafting standards. As the *acquis* is developed, this provides an opportunity to adapt it so that it conforms to the normal drafting rules. In each case where an act is building on the Schengen *acquis*, it is made clear which provisions of the Schengen *acquis* are being modified or repealed. Various formulas have also been devised in order to indicate whether or not all 15 Member States are involved. At the end of a Regulation, for example, in which not all Member States are participating, the text provides that "this Regulation shall be binding in its entirety and directly applicable in the Member States in accordance with the Treaty establishing the European Community". The recitals of each act further clarify the precise position of Iceland and Norway, of Ireland and the UK, and of Denmark.

One recent example concerns the Regulation adopted in March 2001¹⁵ concerning the lists of countries whose nationals must be in possession of visas when crossing the external borders and those whose nationals are exempt from that requirement. These two lists are colloquially known as the "black list" and the "white list". The Regulation replaces both the existing Community regulation on the matter, dating from 1999¹⁶, which contained a black list, and the existing Schengen *acquis* on the matter, which contained a different (longer) black list, as

well as a white list, and what was known as the grey list (concerning countries for whose nationals certain States required possession of a visa, while others did not). Denmark, interestingly, did participate in the adoption of this Regulation, because it constituted an amendment of the existing Community regulation, which had been adopted on the basis of the old Article 100c, and was expressly excepted from the general provisions of the Danish Protocol. However, Ireland and the UK, who had also participated in the adoption of the 1999 Regulation, chose not to opt in. Therefore, they did not participate in the adoption of the 2001 Regulation. Since the 1999 Regulation has now been repealed by the 2001 Regulation, this means that those two Member States are completely free to adopt their own lists.

Prospects for the future

With respect to the countries applying the Schengen *acquis*, there has been some speculation that the UK and Ireland may review their position with respect to border controls at some stage in the future, if only because of the increasing pressure on the EU generally to take a common approach in relation to immigration matters. The outcome of such a review is very difficult to predict. At the moment, there is little indication that there will be a change of heart in Denmark in the near future, although again, some discussion of the matter can be anticipated. It would be interesting to see what happens should there be a crisis in the future, provoked for example by a Danish refusal to implement equivalent provisions in order to mirror a TEC act developing an essential aspect of the Schengen *acquis*. To date, there has been no such problem. Incidentally, Article 8 of the Schengen Protocol provides that the candidate countries must sign up in full to the Schengen *acquis* as part of the enlargement process: in other words, no more opt-outs!

¹⁵ OJ L 81, 21.3.2001, p. 1.

¹⁶ OJ L 72, 18.3.1999, p. 2.

Looking at the prospects for the *acquis* itself, the most urgent question at the moment is probably the development of the SIS in time for enlargement. There are suggestions from external commentators about various data protection and other improvements which should be considered in relation to the SIS, such as harmonising further the criteria for entering alerts¹⁷. Another issue concerns the possible future interrelationship between the SIS and other international computerised systems such as that at Europol. There will also continue to be developments in relation to visa policy and border controls, in order to complete and improve on the present arrangements. In the context of immigration policy, there are currently proposals under discussion concerning the amendment of provisions of the *acquis* concerning the treatment of the people known as "passeurs", in other words those who facilitate the illegal entry into and stay within the territory of third country nationals; and a directive has been adopted recently¹⁸ amending the previous provisions concerning the responsibility of "carriers", in other words transport companies, where they transport third country nationals into the territory who are not in possession of the proper travel documents.

Conclusion

It may be considered very positive that the integration of the Schengen *acquis* into the framework of the European Union was accomplished at all, and particularly that it took place in a relatively short time after signature of the Schengen Agreement and Convention by the five original participants. The importance of the *acquis* itself should not be underestimated: when the Nordic States began applying the *acquis* at the end of March the Swedish

presidency announced that it considered this to be the most significant act undertaken by Sweden in the European context since its accession to the EU. It is true that this integration has required the elaboration of special arrangements for Ireland, the UK and Denmark (as well as Iceland and Norway), and one can certainly regret the complexity of these arrangements, but it can be argued that it was better to accept this than to continue to allow the Schengen arrangements to operate completely outside the framework of the EU. National civil servants and diplomats responsible for Schengen matters have had to become accustomed to the working methods of the Community and the Union, not without a certain amount of angst at times! Nevertheless, those involved have gradually acquired an understanding of the current environment and a willingness to accept its consequences.

¹⁷ See the JUSTICE report cited in footnote 6 above.

¹⁸ OJ L 187, 10.7.2001, p.45.

La coopération judiciaire en matière civile dans l'"Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice"

par Christian Kohler, Adjoint au Directeur, Direction Bibliothèque Recherche et
Documentation, Cour de Justice

1. Si le rôle du droit privé n'a jamais été sous-estimé dans le processus de l'intégration européenne, les problèmes spécifiques créés par *la pluralité et l'interaction des ordres juridiques nationaux* lors de la mise en oeuvre du droit communautaire n'ont que graduellement retenu l'attention du législateur communautaire, dont l'activité a plutôt porté sur l'harmonisation des règles matérielles dans des domaines déterminés. Par contre, la coordination des droits nationaux par des techniques de *droit international privé* a été, dans un premier temps, laissée essentiellement à l'action intergouvernementale des États membres; les conventions de Bruxelles et de Rome ont résulté de cette action. Si le traité de Maastricht a, par la suite, qualifié la "coopération judiciaire en matière civile" de question d'intérêt commun dans le cadre du troisième pilier du TUE, la voie d'action était toujours de nature intergouvernementale, tout en s'exerçant dans un nouveau cadre institutionnel; plusieurs conventions de droit international privé ont été conclues par cette voie, sans toutefois entrer en vigueur. Parallèlement, le législateur communautaire intervenait dans ce même domaine par des dispositions isolées qui, parfois, étaient en disharmonie avec les conventions antérieures.

2. Le transfert de la coopération judiciaire en matière civile du troisième vers le premier pilier, opéré par le traité d'Amsterdam, aurait pu marquer un pas décisif vers un droit international privé

communautaire proprement dit. Or, de par son intégration dans le nouveau titre IV du traité CE, la *communautarisation* de la matière a été imparfaite à plusieurs égards. En effet, la nouvelle compétence communautaire, consacrée par l'article 61, litt. c), est affaiblie tant par le cadre institutionnel particulier dans lequel elle s'exerce) et dont l'inadéquation n'est que partiellement atténuée par le traité de Nice) que par l'incertitude quant à la nature et la portée des mesures de mise en oeuvre, énoncées à l'article 65. En outre, et surtout, l'étendue matérielle de cette compétence, ainsi que les rapports entre celle-ci et les compétences existantes de la Communauté et des États membres sont notablement incertains. Or, ainsi qu'en témoignent le plan d'action de Vienne et les conclusions du sommet de Tampere, il existe une détermination politique marquée d'utiliser la nouvelle compétence afin de créer "un véritable espace européen de justice [où] l'incompatibilité ou la complexité des systèmes juridiques ... des États membres ne devraient pas empêcher ou dissuader les particuliers et les entreprises d'exercer leurs droits".

3. Depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, le législateur communautaire a fait sienne une *interprétation extensive de la nouvelle base juridique* puisque celle-ci a servi au "reformatage" en règlements des conventions judiciaires conclues en vertu tant de l'ex-article 220 du traité CE que de l'ancien article K.3 du traité UE. Aussi l'article 65 CE a-t-il servi à l'adoption non seulement d'actes liés au secteur de la libre

circulation des personnes, tel le règlement "Bruxelles II", mais également d'actes de nature horizontale, comme, p. ex., le règlement "Bruxelles I".

Quant au fond, le droit international privé "communautaire" s'est contenté jusqu'ici, malgré certaines tentatives novatrices de la Commission, d'entériner les solutions traditionnelles auxquelles les États membres sont parvenus par la voie intergouvernementale. S'agissant, par contre, non pas du droit judiciaire (les "conflits de juridictions"), mais des réglementations concernant la loi applicable (les "conflits de lois"), une hésitation majeure des instances communautaires se fait observer. Dans ce domaine, l'impact des principes directeurs du droit communautaire pourrait sonner le glas de l'approche traditionnelle consacrée notamment par la Convention de Rome. Or, la difficulté de s'entendre même sur les contours d'une approche alternative, "communautaire", risque de laisser un vide conceptuel qui sera rempli au hasard par des solutions spontanées et incohérentes.

4. Le dernier développement en la matière met l'accent davantage sur le droit judiciaire. En suivant l'orientation donnée par le sommet de Tampere, le Conseil se propose de mettre en oeuvre le principe de *reconnaissance mutuelle* des décisions en matière civile et commerciale en tant que "pierre angulaire" de la coopération judiciaire en matière civile. Dans un projet de programme ambitieux, il décrit les démarches et les étapes successives afin de parvenir à "une circulation sans entraves des jugements au sein de l'Union européenne". L'élimination recherchée de tout obstacle pouvant s'opposer à cette circulation devra conduire, selon le Conseil, à la suppression de l'exequatur et de tout motif de refus de reconnaissance et d'exécution de n'importe quelle décision en matière civile ou commerciale. Des

"mesures d'accompagnement" visant à l'harmonisation de certaines dispositions procédurales et, éventuellement, de conflits de lois doivent faciliter la mise en oeuvre du programme. Le Conseil ne précise ni le calendrier exact pour les différentes étapes ni les bases juridiques pour les mesures à prendre.

En définitive, le programme visionnaire du Conseil cherche à remplacer progressivement le système actuel de coordination d'ordres juridiques distincts par la fiction d'un espace judiciaire unique où le principe de reconnaissance mutuelle sur le fondement d'une harmonisation minimale se substituera aux règles traditionnelles relatives aux "conflits de juridictions". Or, la reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères sans aucun contrôle supposent un degré d'intégration des structures judiciaires et des droits procéduraux, ainsi qu'un degré d'harmonisation des règles de conflit et des règles matérielles qui peuvent difficilement être atteints avec les "mesures d'accompagnement" envisagées.

5. Avec la communautarisation de la matière, la *dimension extracommunautaire* de la coopération judiciaire en matière civile apparaît sous un nouveau jour. En effet, la compétence communautaire s'étend-elle, et dans quelles conditions, aux situations rattachées à des États tiers ? Les États membres peuvent-ils encore agir de manière autonome dans leurs relations bilatérales avec des États tiers ou dans des enceintes internationales qui, comme la Conférence de La Haye de droit international privé, se proposent d'unifier les règles de conflits de lois et de juridictions à l'échelle mondiale ? Certes, dans la mesure où la Communauté a légiféré *in foro interno*, la jurisprudence AETR précise les conditions dans lesquelles la compétence pour agir *in foro externo* lui appartient exclusivement. Or,

une transposition inconditionnelle de cette jurisprudence au domaine du droit international privé risque de mettre en péril des structures qui, depuis plus de cent ans, ont permis de développer la coopération judiciaire internationale au niveau mondial et qui doivent beaucoup à l'expérience et aux traditions des États membres.

6. En dernière analyse, l'extension progressive de la nouvelle compétence communautaire pourrait aboutir à une *situation quelque peu paradoxale*. À l'intérieur de la Communauté, les deux branches classiques du droit international privé seront profondément transformées pour, finalement, être remplacées par des méthodes et techniques propres au droit communautaire. Dans les relations avec le monde extracommunautaire, les États membres ne pourront plus agir de manière autonome, et la Communauté, sans y être préparée et sans pouvoir s'appuyer sur une tradition et une politique identifiable, devra organiser la coopération judiciaire internationale sur le fondement du droit international privé traditionnel qui continuera à régir les rapports avec les États tiers.

The right to judicial protection in an area of freedom, security and justice: Forgetting the Courts ?

by Takis Tridimas, Professor of European Law, University of Southampton and College of Europe, Bruges; 4 Paper Buildings, London.

The Wider Picture: Recent Trends in European Constitutionalism and Judicial Protection

The jurisdiction of the ECJ under Title IV and under the Third Pillar

The Right to Judicial Protection
The Charter on Fundamental Rights: T-112/98 *Mannesmannröhren-Werke AG v Commission*, 20 February 2001

The Inter-relationship between Title IV and other EC Titles

Legal Basis of EC Legislation

Case C-170/96 *Commission v Council (Transit Visas case)* [1998] ECR I-2763

Case T-174/95 *Svenska Journalistförbundet v Council* [1998] ECR II-2289

Back to basics: Free movement of Community nationals

Joined Cases C-65 and C-111/95 *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Shingara and Radiom* [1997] ECR I-3343

Case C-120/97 *Upjohn v Licensing Authority* [1999] ECR I-223

C-357/98 *The Queen v SS for the Home Department, ex parte Yiadom*, 9 November 2000

C-424/98 *Commission v Italy (Right of residence directives)*, 25 May 2000

Third country nationals: Some recent lessons

C-230/97 *Awoyemi* [1998] ECR I-6781

C-65/98 *Safet Eyriüp*, 22 June 2000

What to do with Mr Kaba

C-356/98 *Arben Kaba v SS for the Home Department*, 11 April 2000

C-466/00 *Arben Kaba II*

and Mrs Carpenter

Case C-60/00 *Mary Carpenter*

The Right to Belong: Who is a Community citizen?

Case C-192/99 *The Queen v SS for the Home Department ex parte Kaur*, 20 February 2001

cf treatment of legal persons: C-212/97 *Centros* [1999] ECR I-1459; *Daily Mail*

Conclusions

This is only a general overview of Title IV and the Third Pillar based on Tridimas: "The European Court of Justice" in Lynch, Neuwhahl, and Rees, *Reforming the European Union*, Longman 2000, pp. 74-84.¹⁹

The most important changes made by the Treaty of Amsterdam concerning the Court of Justice were the introduction of new preliminary reference procedures under new Title IV of the EC Treaty and under the Third Pillar. The new provisions, although limited in their scope, marked a qualitative change of approach in that the Court acquired differentiated jurisdiction in two respects. First, the preliminary reference procedure ceased to be uniform throughout the EC Treaty. Secondly, although for the first time the Court acquired power in relation to the Third Pillar, submission to the Court's jurisdiction became optional for the

¹⁹ See further, among others, E. Guild & C. Harlow (Eds), *Implementing Amsterdam, Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Hart, 2001; Arnulf *Taming the Beast? The Treaty of Amsterdam and the Court of Justice*, in O'Keefe and Twomey (Eds), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Hart, 1999, pp. 109-122; S. Peers, *Who's Judging the Watchmen? The Judicial System of the "Area of Freedom, Security and Justice"*, (1998) 18 YEL 337; E. Guild and P. Minderhoud (eds) *Security of Residence and Expulsion*, Kluwer, 2000; Ward *The Limits of the Uniform Application of Community Law and Effective Judicial Review*, in C. Kilpatrick, T. Novitz and P. Skidmore (eds.), *The Future of Remedies in Europe*, Hart, 2000, 213-227.

Member States. The changes were not affected by the Treaty of Nice.

Title IV of the European Community Treaty

The Treaty of Amsterdam revises substantially the Third Pillar concerning cooperation on justice and home affairs. A significant part of it is now incorporated in Title IV of Part Three of the EC Treaty (Articles 61-69). Those provisions concern visas, asylum, immigration and other policies related to the free movement of persons. The remaining third pillar provisions (Articles 29-42 TEU) concern police and judicial cooperation on criminal matters. The jurisdiction of the Court of Justice is substantially affected. The Court has jurisdiction to give preliminary rulings in relation to matters falling within Articles 61 to 69 EC but its jurisdiction is more limited than under Article 234 EC (formerly 177). In particular, Article 68(1) provides that a preliminary reference may be made only by national courts against whose decisions there is no judicial remedy under national law.²⁰ Such a court is under an obligation to make a reference if it considers that a decision by the Court of Justice is necessary to enable it to give judgment.

The effect of Article 68(1) is that the preliminary reference procedure ceases to be uniform under the EC Treaty. In relation to Title IV, the jurisdiction of the Court may be activated only by national courts of last instance. This may not be easy to operate in practice as in some cases the same dispute, and indeed the same question referred, may give rise to issues pertaining both to the interpretation of Articles 61 to 69 and other articles of the EC Treaty. The

²⁰ For the issue which national courts are covered, see Hartley, *The Foundations of European Community Law* (4th ed., 1998), pp. 272 *et seq.*

restriction of the preliminary reference procedure to courts of last instance encounters both practical objections and those of principle. One of the main reasons why Community law has had such a major impact on the laws of the Member States is its ability to assist the citizen at the lowest level in the administration of justice.²¹ Article 68(1) plainly limits access to justice. The Court of Justice itself has stated that limiting access,

“would have the effect of jeopardising the uniform application and interpretation of Community law throughout the Union, and could deprive individuals of effective judicial protection and undermine the unity of the case-law ... The possibility of referring a question to the Court of Justice must therefore remain open to all ... courts and tribunals”.²²

Also, there is much to be said about the enforcement value of the power of lower courts to make a preliminary reference. Such power mitigates the adverse effects that would ensue if a court of last instance failed to make a reference in circumstances where it was under an obligation to do so. In a subsequent case where the same legal issue arose, a lower court would be able to make a reference thus provoking a ruling by the Court of Justice on that issue.

The jurisdiction of the Court under Title IV is limited not only in relation to the courts which may make a reference but also in relation to the issues which may be subject to judicial determination. Article 68(2) provides that the Court does not have

²¹ See e.g. 6/64 *Costa v ENEL* [1964] ECR 585.

²² Report of the Court of Justice on certain aspects of the application of the Treaty on European Union, Luxembourg, May 1995, reproduced in Court of Justice Annual Report 1995, pp. 19-30 at 25.

jurisdiction to rule on any measure or decision taken pursuant to Article 62(1) relating to the maintenance of law and order and the safeguarding of internal security.²³ Article 68(2) is striking in that it denies the right to judicial protection, the most valued right guaranteed by the Court's case-law.²⁴ At the very least, it must be interpreted restrictively.

It should be noted that the interpretation of Article 68 itself is subject to the jurisdiction of the Court. Therefore, the meaning of "maintenance of law and order" and "internal security" in Article 68(2), and whether a measure can be said to relate to them, are justiciable issues. Nonetheless, the total exclusion of the Court's jurisdiction is undesirable. It poses serious problems of constitutionality, sets a bad precedent, and contradicts the principles of protection of fundamental rights, the rule of law, and democracy, commitment to which the Treaty of Amsterdam declares.

Article 68(3) provides that the Council, the Commission or a Member State may request the Court of Justice to give a ruling on a question of interpretation of Title IV or of acts of the institutions of the Community based on that Title. It adds

that the ruling given by the Court of Justice in response to such a request does not apply to judgments of courts or tribunals of the Member States which have become *res judicata*. It is arguable that pursuant to that provision, the Court may decide on issues in relation to which its jurisdiction is excluded under Article 68(2), i.e. issues pertaining to law and order and internal security. Such interpretation is supported by the generality of Article 68(3), the economy of Article 68 as a whole, and the rationale for excluding the jurisdiction of the Court under Article 68(2). That rationale is that the Court of Justice should not have jurisdiction on reference from a national court to rule on issues which are perceived as highly sensitive and should be dealt with by inter-State and institutional dialogue. But it does not prohibit a Member State or a Community institution from referring such issues to the Court of Justice.

Finally, it will be noted that Article 68 refers only to references for a preliminary ruling. It is not clear whether the provision affects at all, and if so how, direct actions pertaining to Title IV brought under Article 230 (formerly 173) of the EC Treaty.

The Third Pillar

Under Article 35(1) TEU, the Court has jurisdiction to give preliminary rulings in relation to the following:

- the validity and interpretation of framework decisions and decisions;
- the interpretation of conventions established under the third pillar;
- the validity and interpretation of measures implementing such conventions.²⁵

²³ Article 62(1) mandates the Council to adopt, within a period of five years from the entry into force of the Amsterdam Treaty, measures with a view to ensuring, in compliance with Article 14, the absence of any controls on persons, be they citizens of the Union or nationals of third countries, when crossing internal frontiers.

²⁴ See e.g. Case 294/83 *Les Verts v Parliament* [1986] ECR 1339; Case C-70/88 *Parliament v Council (Chernobyl)* [1990] ECR I-2041; Case 222/84 *Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [1986] ECR 1651.

²⁵ Under Article 34(2), measures implementing conventions are to be adopted within the Council by a majority of two-thirds of the Contracting Parties.

At first sight, it appears that the Court has no jurisdiction to rule on the interpretation of the provisions of the third pillar themselves. That would be incongruous and unworkable in practice, since the interpretation of acts of the institutions, such as decisions and framework decisions, may involve the interpretation of the provisions of the TEU themselves. Also, jurisdiction to rule on the validity of decisions and framework decisions necessarily implies jurisdiction to opine on the interpretation of the rules of primary law *vis-à-vis* which the validity of such decisions is tested. It should therefore be accepted that Article 35(1) gives the Court of Justice implied jurisdiction to interpret the provisions of the third pillar. By contrast, it will be noted that the Court has no jurisdiction to rule on the validity of conventions since they are measures of primary Community law.

A distinct feature of Article 35 is that the jurisdiction of the Court is optional. Article 35(2) enables a Member State to accept such jurisdiction by making a declaration to that effect at any time after the Treaty of Amsterdam comes into force.²⁶ The provision seems to envisage that a Member State will make a universal declaration covering all conventions which may subsequently be adopted under the third pillar. That however does not foreclose the possibility that, upon signing a specific convention in the future, the Member States may agree that its provisions will not be subject to the Court's jurisdiction. An interesting problem which may arise as a result of Article 35(2) is whether the court of a Member State which has accepted the jurisdiction of the Court to deliver preliminary rulings may make a reference

in relation to the law of another Member State which has not accepted that jurisdiction. It submitted that in principle such a reference, which is admissible under the procedure of Article 234 (formerly 177) EC, should not be precluded.

The jurisdiction of the Court is optional also in another respect. Under Article 35(3), a Member State has the option to extend the preliminary reference procedure to any domestic court or tribunal or restrict it to courts or tribunals of last instance, i.e. those against whose decisions there is no judicial remedy under national law. Under either option, a final instance court has the option and not the obligation to make a reference to the Court of Justice. This is an important difference between the preliminary reference procedure under the Third Pillar and its counterpart under Article 234 (177) of the EC Treaty. Furthermore, Article 35(5) provides for a limitation on the Court's jurisdiction. It states that the Court has no power to review the validity or proportionality of operations carried out by the police or other law enforcement services of a Member State or the exercise of the responsibilities incumbent upon Member States with regard to the maintenance of law and order and the safeguarding of internal security. The interpretation of Article 35(5) itself is however subject to the jurisdiction of the Court.

Direct actions are governed by Articles 35(6) and 35(7) TEU. The first grants to the Court jurisdiction to review the legality of framework decisions and decisions in actions brought by a Member State or the Commission on grounds of lack of competence, infringement of an essential procedural requirement, infringement of the TEU or of any rule of law relating to its application, or misuse of powers. The proceedings must be instituted within two months of the publication of the measure. It is notable that neither the Parliament nor

²⁶ Note however that any Member State, whether or not it has made a declaration, is entitled to submit statements of case or written observations to the Court where litigation arises: See Article 35(4).

individuals enjoy *locus standi*. Also, no provision is made for the bringing of enforcement actions by the Commission. The exclusion of the Parliament from the list of potential plaintiffs may give rise to problems. The issue arises whether, on the basis of the *Chernobyl* judgment,²⁷ the Parliament may claim *locus standi* for the purpose of protecting its prerogatives, for example, in cases where the Council has failed to consult it although it is under an obligation to do so.²⁸

Under Article 35(7), the Court has jurisdiction to rule on any dispute between Member States regarding the interpretation or the application of acts adopted under Article 34(2)²⁹ whenever such dispute cannot be settled by the Council within six months of its being referred to the Council by one of its members. The Court is also given jurisdiction to rule on any dispute between Member States and the Commission regarding the interpretation or the application of conventions between Member States concluded under the third pillar. It seems that under those provisions the Court may be called upon to rule on the interpretation or the application of those measures *in abstracto* without reference to the facts of any specific dispute.

By way of conclusion, it may be said that the provisions of the Third Pillar leave a gap with regard to the protection of the rights of the individual. They extend the

powers of the institutions to take measures which may affect individual freedom without providing for a corresponding increase in the powers of the Court to safeguard individual rights. The system of optional jurisdiction means that individuals will not be able to challenge indirectly a Community measure or invoke it to their assistance in national proceedings unless the Member State in the court of which the dispute is pending has accepted the jurisdiction of the Court to deliver preliminary rulings. The Court's jurisdiction is further circumscribed by Article 35(5) and the foreclosure of direct effect.³⁰

VII. Conclusions

The following conclusions may be drawn from this brief survey. The Treaty of Amsterdam abandoned the principle that the jurisdiction of the Court must be uniform. The preliminary reference procedure has ceased to be the same in relation to all provisions of the EC Treaty and, for the first time, aspects of the Court's jurisdiction became optional for the Member States. The limitations imposed on the Court's powers are the *quid pro quo* for bringing under the

²⁷ Op.cit., n. 17.

²⁸ Under Article 39 TEU, the Council must consult the Parliament before adopting decisions, framework decisions and conventions.

²⁹ This provision enables the Council to adopt common positions, decisions, and framework decisions, and also to establish conventions, which it recommends to the Member States to adopt in accordance with their respective constitutional requirements.

³⁰ Article 31(e) provides that judicial co-operation shall include "progressively adopting measures establishing minimum rules relating to the constituent elements of criminal acts and to penalties in the fields of organised crime, terrorism and illicit drug trafficking". Such approximation is to be effected by framework decisions which under Article 34 are to be adopted by the Council acting unanimously. Framework decisions resemble directives in that they are binding on Member States as to the result to be achieved but leave to the national authorities the choice of form and methods. However, they may not produce direct effect. See Art 34(2)(b).

auspices of the Union politically sensitive areas traditionally reserved to the nation State. The end result is a curious mix and the boundaries between inter-governmental co-operation and Community action are not objectively ascertainable. The model of differentiated integration, now formally espoused by the founding Treaties, will inevitably lead to variable jurisprudence applicable only to certain Member States. One of the key functions of the Court will be to preserve the integrity and coherence of the Community legal order in an era where diversity is the prevailing political model. Despite of the avowed commitment of the Union to the rule of law and democratic values, the protection of fundamental rights remains problematic. The judicial protection of the citizen remains incomplete particularly in areas which fall within the scope of the Third Pillar and the Title IV of the EC Treaty. Also, the co-existence of several separate but inter-relating structures for the protection of human rights, namely, the European Convention, Union law, the Charter and the laws of the Member States, is liable to lead to confusion.

Coopération judiciaire et matière pénale

par Gisèle Vernimmen, Chef de l'Unité Coopération judiciaire pénale Commission européenne, Direction générale Justice et affaires intérieures

1. De Maastricht à Nice : les objectifs, les moyens et les nouvelles orientations.

Le Traité de Maastricht a introduit la coopération judiciaire pénale parmi les matières d'intérêt commun, dans ce que l'on a depuis familièrement appelé le troisième pilier. Toutefois, cet aspect était plutôt conçu comme une mesure de

compensation, destinée à contrer les effets pervers potentiels de la réalisation d'un vaste marché intérieur sans frontières internes. Mise à part la lutte contre la fraude de dimension internationale, et plus spécifiquement la lutte contre la fraude et la corruption affectant, ou susceptible de porter préjudice au budget communautaire, les initiatives qui ont été prises de 1994 à 1998 n'ont pas visé à mettre sur pied une

politique criminelle européenne, mais plutôt à permettre aux Etats membres de bénéficier de l'assistance de leurs partenaires au sein de l'Union pour pouvoir poursuivre individuellement leur politique. L'article K1 en effet, ne s'inscrivait pas dans le cadre d'un objectif autonome.

C'est un véritable saut qualitatif qu'a de ce point de vue accompli le Traité d'Amsterdam. Le maintien et le développement d'un espace de liberté, sécurité et justice s'inscrit dorénavant comme un objectif spécifique au même rang que la promotion du progrès économique et social, le développement équilibré et durable, l'établissement d'une union économique, la monnaie unique ou encore la mise en oeuvre d'une politique étrangère et de sécurité commune.

Pour appréhender ce que recouvre ce concept d'espace de liberté, sécurité et justice, les traités nous livrent quelques clés, mais laissent, comme cela s'est fait dans les autres secteurs, place à une évolution institutionnelle, politique et jurisprudentielle. L'article 2 TUE nous dit ainsi que cet espace implique la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de frontières extérieures, d'asile et d'immigration, ainsi que la prévention de la criminalité et la lutte contre ce phénomène. L'article 61 TCE précise ensuite les mesures à prendre pour réaliser cet espace, avec pour certaines d'entre elles, une échéance de cinq ans à dater de l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam (ce que ne nous laisse que deux ans à compter d'aujourd'hui), et en misant, pour ce qui est de la coopération policière et judiciaire pénale, sur un niveau élevé de sécurité. La particularité, et l'une des difficultés, de la réalisation de cet objectif, c'est son caractère dorénavant « transpilier ». Si la coopération judiciaire civile est depuis Amsterdam,

« communautarisée », ce qui entraîne l'utilisation des instruments traditionnels et des procédures progressivement conformes à l'équilibre institutionnel devenu classique entre Commission, Parlement, Conseil et Cour de Justice, la coopération judiciaire pénale par contre est restée, comme la coopération policière, dans une sorte d'antichambre, caractérisée par une combinaison hybride de pratiques intergouvernementales et de principes d'intégration.

Dans le domaine de la coopération judiciaire pénale, les tâches concrètes que les Etats Membres se sont assignées sont détaillés plus avant aux articles 29 et 31 TUE.

On relève ainsi que l'Union se donne pour mission de réaliser « un niveau élevé de protection », d'élaborer une « action en commun » de prévention du crime et de lutte contre la criminalité, grâce au rapprochement du droit pénal et à une coopération plus étroite entre autorités judiciaires. Cette coopération se traduira spécialement par l'exécution réciproque des décisions, la facilitation de l'extradition entre Etats membres, la prévention des conflits de compétence. Le rapprochement des dispositions des droit pénal est quant à lui visé sous deux angles : l'instauration de règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions et aux sanctions applicables dans certains cas, mais aussi, d'une façon générale, la mise en compatibilité des règles applicables dans les Etats membres pour permettre d'améliorer la coopération entre eux.

Quant aux outils à notre disposition, nous voyons apparaître, à côté des traditionnelles conventions et des décisions dont l'objet est plutôt la mise sur pied de mécanisme opérationnels, la possibilité d'adopter des « décisions cadres » sans effet direct, aux fins du rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats

membres, qui lient quant au résultat à atteindre en laissant aux Etats membres le choix des moyens.

Dès juillet 1998, la Commission a publié une communication dans laquelle elle livrait son analyse de l'espace de liberté, sécurité et justice. Elle proposait une approche intégrée de ces trois concepts et ouvrait des pistes pour la réponse à ce nouveau défi.

En décembre de la même année, Conseil et Commission arrêtaient un plan d'action qui entérinait largement cette approche, et fixait un calendrier de mesures à prendre sur cinq ans. Sous Présidence finlandaise s'est alors tenu le premier Conseil européen entièrement consacré aux matières relevant de la justice et des affaires intérieures. Ce Sommet de Tampere, d'octobre 1999, marque une étape importante dans la réalisation de l'espace de liberté, sécurité et justice. Sur le plan de la substance, il a consacré quatre grands axes qui doivent guider notre action en matière pénale.

Le premier de ces axes, c'est le rapprochement du droit substantiel. On s'était déjà engagé sur cette voie, et même sous l'empire de Maastricht, l'une ou l'autre action commune avait tenté de définir des incriminations communes, comme en matière de racisme (1996) ou de trafic de drogues (1996), ou encore de participation à une organisation criminelle (1998). Le Plan d'action de Vienne de son côté avait établi une liste de délits pour lesquels il fallait évaluer la nécessité et l'urgence d'agir. Mais alors que ce plan d'action, paraphrasant l'Art 31 (e) TUE, se contentait de proposer d'arrêter des règles minimales relatives aux définitions et aux sanctions, et se limitait aux cas liés à la criminalité organisée, les conclusions de Tampere énumèrent pas moins de huit domaines où on devrait s'efforcer de parvenir à des définitions, des

incriminations et des sanctions communes, et cela sans se limiter à des phénomènes criminels relevant du crime organisé.

Le deuxième orientation, c'est la reconnaissance mutuelle. Depuis le Conseil européen de Cardiff en juin 1998, l'idée avait fait son chemin d'étudier dans quelle mesure on pouvait arriver à une meilleure reconnaissance des décisions de justice. Avec Tampere, ce concept, emprunté à la mise en place du marché intérieur, devient la pierre angulaire de la coopération judiciaire. Ce changement est radical. Il dépasse le concept d'assistance pour le remplacer par celui de collaboration. Il implique une confiance mutuelle, l'exercice d'une souveraineté partagée, et la reconnaissance de l'Union comme un territoire commun. Déjà des projets fondés sur cette nouvelle approche ont été déposés. Dans cette optique aussi, la Commission s'est attelée à une tâche d'envergure, consistant à passer de la notion d'extradition à celle de remise.

La troisième voie est celle de la coordination, et si possible de la centralisation, des poursuites. En matière pénale, on a plutôt tendance à multiplier les chefs de compétence. Le principe du ne bis in idem n'empêche pas totalement que des décisions contradictoires soient prises, et les instruments existants ne contiennent ni règle de litispendance, ni règle de connexité. Certains textes de l'Union appellent à une coordination, voire à une centralisation des poursuites, mais elle n'est pas organisée. Ce devrait être le rôle d'Eurojust, consacré par le Traité de Nice, d'aider à la réalisation de cet objectif. De son côté, la Commission a inscrit à son programme pour cette année une communication sur la détermination des critères de compétence dans le domaine pénal qui devrait proposer certaines pistes pour limiter les cas de compétences multiples.

Le quatrième axe de travail est celui de la protection des droits individuels dans les procédures pénales. Il ressort de manière moins claire dans les conclusions du Sommet de Tampere, mais il est étroitement lié aux précédents.

La Commission, dans sa communication de juillet 1998, avait déjà identifié cet aspect comme une préoccupation autonome de la création d'un espace de justice et elle a veillé tout spécialement dans le programme de mesures pour la mise en oeuvre de la reconnaissance mutuelle à ce que les mécanismes de protection des droits des victimes et des personnes soupçonnées apparaissent comme un paramètre, qui conditionne le succès de la reconnaissance mutuelle dans chacune des manifestations de cette reconnaissance, et qui pourrait faire l'objet d'une initiative autonome et globale. Une réflexion s'est d'ailleurs engagée à cet égard.

2. Quel rôle la Cour de Justice va-t-elle pouvoir jouer dans la création de l'espace de liberté, sécurité et justice ?

Tout d'abord, il faut signaler qu'avant Amsterdam l'article K3 permettait déjà de conférer à la Cour de Justice un pouvoir pour interpréter et pour statuer sur tout différend concernant l'application des conventions. En ce qui concerne la fraude au budget communautaire, par exemple, l'article 8 de la Convention du 26 juillet 1995 met sur pied tout un mécanisme de règlement de conflit d'interprétation, qui passe par une phase de conciliation au Conseil, et permet ensuite à un Etat Membre, ou à la Commission dans des cas précis, de saisir la Cour. De même, dans ces matières, le protocole du 29.11.96 à cette convention donne à la Cour compétence pour statuer à titre préjudiciel, lorsqu'elle est saisie soit par une juridiction de dernier ressort, soit par toute juridiction qui l'estime nécessaire, selon la déclaration que peut faire chaque Etat Membre. Ce

régime s'applique à la convention relative à la protection des intérêts financiers et à ses deux protocoles, ainsi qu'à la Convention relative à la lutte contre la corruption, en vertu de son article 12. Ou plutôt s'appliquerait, car aucun de ces instruments n'est entré en vigueur. Même si la convention corruption, par exemple, peut connaître une application anticipée entre les Etats Membres qui l'ont ratifié et qui font une déclaration dans ce sens, les dispositions de cette convention sur la compétence de la Cour ne peuvent évidemment s'appliquer qu'à compter de la ratification par tous les Etats Membres. Aucune compétence par contre n'a été donnée à la Cour en ce qui concerne les conventions d'extradition adoptées respectivement le 10 mars 1995 et le 27 septembre 1996.

Le Traité d'Amsterdam a étendu les compétences de la Cour dans les matières du troisième pilier de manière deux manières.

D'une part, on dépasse le cas par cas pour reconnaître à la Cour une compétence générale. La compétence préjudicielle a été donnée à la Cour par le Traité et acceptée, par déclaration, par douze Etats Membres, soit tous sauf le Royaume Uni, le Danemark et l'Irlande. A part l'Espagne, c'est la formule qui permet la saisine par toute juridiction qui a été retenue. La plupart de ces Etats Membres, se sont en outre réservé le droit de prévoir des dispositions pour que les juridictions suprêmes soient tenues de porter l'affaire devant la Cour lorsqu'une question sur la validité ou l'interprétation d'un instrument du titre VI est soulevée devant elles. La compétence est aussi donnée, une fois pour toutes, pour statuer sur un différend entre Etats Membres portant sur l'interprétation ou l'application des actes adoptés dans le titre VI TUE, si le Conseil, invité à le régler, n'y est pas parvenu dans les six mois de sa saisine. La Cour est aussi

reconnue compétente pour contrôler la légalité des décisions cadres et des décisions.

L'autre extension porte sur le type d'instruments sur lesquels la Cour peut être amenée à se prononcer. La compétence pour statuer sur un différend s'étend dorénavant à tous les instruments du titre VI, avec la nuance que la Commission, cependant, ne peut saisir la Cour qu'à l'égard d'une convention. La compétence préjudicielle s'étend aux conventions, décisions cadres et décisions. Enfin, si le contrôle de légalité ne porte que sur les décisions et décisions cadres la Cour resterait toutefois compétente en vertu de l'art 230 TCE pour constater le cas échéant qu'en adoptant une convention portant sur une matière relevant du droit communautaire, le Conseil de l'Union n'aurait pas respecté la primauté du droit communautaire, principe que rappellent les articles 29 et 47 TUE.

Lors de l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, on a songé un moment, pour les conventions non encore ratifiées, ce qui était le cas de la plupart d'entre elles, de préparer un instrument horizontal qui aurait aligné la compétence de la Cour sur les nouvelles dispositions de l'article 35 TUE, mais cela ne s'est pas fait. Pour les autres instruments utilisés sous le Traité de Maastricht, en particulier les actions communes, dont l'article K3 ne permettait pas de confier l'interprétation à la Cour, il n'était en tout état de cause pas possible de les soumettre au nouvel article 35, puisque cette catégorie d'instruments n'existe plus après l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam.

En réalité, le rôle que la Cour peut jouer dans le domaine du droit pénal ne s'arrête pas là. La jurisprudence de la Cour en matière communautaire a déjà pu entraîner des conséquences dans le droit pénal des Etats Membres. En particulier, en vertu de

l'article 10 TCE, les Etats Membres sont tenus de prendre toute mesure utile pour faire faire respecter le droit communautaire, et cela peut les obliger à prévoir des sanctions proportionnées, dissuasives et efficaces, selon l'expression consacrée par la jurisprudence. Lorsque le droit pénal est le seul moyen de garantir que le droit communautaire est appliqué efficacement, les Etats Membres peuvent donc être tenus de prévoir des sanctions pénales. D'autre part, en vertu de la primauté du droit communautaire, s'il existe une compétence dans le Traité CE, on ne peut recourir à un instrument du Traité UE.

C'est en s'appuyant sur cette analyse que la Commission a proposé en mars dernier une directive sur la protection de l'environnement par le droit pénal, alors que le Conseil examinait depuis plusieurs mois déjà un projet de décision cadre sur le même sujet déposé par le Danemark. Cette proposition de directive décrit les comportements à incriminer, pose le principe de sanctions pénales, pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement dans des cas graves, et précise les conditions dans lesquelles la responsabilité d'une personne morale peut être engagée. Elle ne traite pas, par contre, des critères de compétence ou du niveau de peine qui peut être infligé. La ligne de démarcation entre premier et troisième pilier a fait l'objet de notes des Services juridiques du Conseil, de la Commission et du Parlement et elle est loin de convaincre les Etats membres même si la France, dans un domaine où les Etats membres disposent d'un droit d'initiative dans le premier et dans le troisième pilier, la lutte contre l'immigration clandestine et le séjour irrégulier, a elle-même procédé à un découpage de même nature l'année dernière.

Un autre cas, tout récent, concerne la protection des intérêts financiers de la Communauté. Les instruments (convention

et protocoles) ne sont pas entrés en vigueur faute de ratification par tous les Etats membres. La Commission, désireuse de pouvoir s'appuyer sur un régime pénal commun, et sur les mécanismes de coopération avec OLAF prévus par le deuxième protocole, a adopté avant hier une proposition de directive qui « amsterdamise » ou reformate largement ces instruments conventionnels en respectant la compétence de l'art 280 TCE, et les limites à cette compétence. Cette initiative va dans nul doute à son tour indisposer certains Etats membres. Pour la Cour, la reprise pour une bonne part du contenu de la convention et des protocoles dans une directive a notamment pour conséquence qu'elle pourrait aussi être saisie d'une procédure d'infraction.

La même question, - c'est peut on faire du droit pénal dans le premier pilier et si oui, ne doit on pas le faire exclusivement dans le premier pilier, - se repose à l'égard d'une initiative, allemande cette fois, concernant la sanction de la fraude dans les marchés publics. Peut-être un jour la Cour sera-t-elle amenée à se prononcer sur la répartition de compétence entre Communauté et Union dans le domaine pénal ?

En passant, on peut rappeler que l'extension du vote à la majorité qualifiée était à l'ordre du jour de la dernière CIG et que la Commission a saisi l'occasion pour poser la question de la communautarisation de la coopération judiciaire pénale, ce qui simplifierait beaucoup le problème. Cependant le contexte politique n'était pas propice à un vrai débat, et le point n'a pas été poursuivi.

Un autre aspect mérite d'être soulevé. Selon l'article 35 (5) TUE, la Cour n'est pas compétente pour vérifier la validité ou la proportionnalité des opérations de police ou répressives menées par les Etats membres. Cette disposition fait écho à

l'article 33 TUE qui consacre la responsabilité des Etats membres dans ce domaine. Mais l'existence de l'article 6 TUE, et de la Charte des droits fondamentaux proclamée à Nice, ne va-t-elle pas inspirer la Cour lorsqu'elle devra se pencher sur l'application ou l'interprétation dans des cas concrets d'instruments de l'Union en matière de coopération policière ou judiciaire ?

Enfin, la mission de la Cour pourrait connaître d'autres développements face à des structures qui se mettent en place. Le parti social démocrate allemand n'invitait-il pas tout récemment à envisager de donner aux citoyens le droit de faire appel à la Cour de Justice contre les mesures que pourrait prendre Europol ? Qu'en serait-il des décisions d'Eurojust ? Et que penser du rôle de juge des libertés que les experts rédacteurs du Corpus juris estiment nécessaire d'instituer pour contrebalancer les pouvoirs d'un procureur européen s'il est un jour créé ?

Un exemple de juridictions administratives internationales : Le Tribunal Administratif des Nations Unies et le Tribunal Administratif de l'Organisation Internationale du Travail

Benoît Guiguet, qui en juin 2000 et en mars 2001 a effectué des passages au Tribunal, est docteur en droit de l'Institut universitaire européen de Florence. Il a travaillé à plusieurs reprises comme consultant pour le Tribunal administratif de l'OIT, tout en enseignant à l'Université de St Etienne. Actuellement, il est employé par le Bureau international du Travail, dans le secteur de la protection sociale. Ci-après, il nous fait part de ses expériences acquises en matière de contentieux de la fonction publique dans le cadre d'autres juridictions administratives internationales. Nous l'en remercions vivement!

L'immunité de juridiction des organisations internationales a pour corollaire l'instauration de juridictions administratives internationales. L'institution de ces juridictions qui ont un pouvoir de décision à l'occasion d'un litige entre une organisation internationale et l'un de ses agents a pu être considérée comme un principe général du droit, même si d'emblée, il y a lieu de rappeler qu'il s'agit de juridictions d'attribution et donc que l'organisation concernée doit avoir reconnu cette compétence juridictionnelle.

La diversité des organisations internationales a entraîné une multiplicité de juridictions administratives internationales, sans toutefois que ce phénomène de prolifération obéisse à une logique précise³¹. On compte plus de vingt juridictions à l'heure actuelle³², ce qui a

pour effet de retarder « l'émergence d'un corps de principes généraux communs à tous les fonctionnaires internationaux par delà les spécificités propres aux diverses Organisations que traduisent les statuts et règlements du personnel »³³. Au sein du système des Nations Unies, l'essentiel du contentieux est partagé entre le Tribunal Administratif des Nations Unies (TANU), dont le siège est à New-York, et le Tribunal Administratif de l'Organisation Internationale du Travail (TAOIT) dont le siège est à Genève³⁴. Le projet de fusion des deux juridictions évoqué dans les années 1970³⁵ a été abandonné à la fin des années 1980.

³¹ L'Union européenne n'échappe pas non plus à l'absence d'unification de la fonction publique, comme l'atteste la création d'une commission des recours spécifique à l'Institut universitaire européen de Florence.

³² 23 selon le professeur D. Ruzié, in *Le contentieux de la fonction publique internationale*, actes des journées d'études des 9-10 décembre 1994, SFDI, Paris, Pédone, 1996, p. 14.

³³ *Id.*, p. 17.

³⁴ Les deux autres juridictions sont le Tribunal Administratif de la Banque Mondiale (TABM) et le Tribunal Administratif du Fonds Monétaire International (TAFMI), qui ne font pas partie du « régime commun » des Nations Unies. Pour le TAOIT, on consultera utilement la base de données TRIBLEX, qui contient l'essentiel de la jurisprudence du Tribunal et est accessible par le site suivant : www.ilo.org/trib.

³⁵ P. Tavernier, « La fusion des Tribunaux administratifs des Nations Unies et de l'OIT : nécessité ou utopie », *AFDI* 1979, p. 442-459 et 1987, p.407.

Compétence

Selon l'article II du Statut³⁶, le TAOIT est compétent pour :

1- connaître des requêtes invoquant l'inobservation des stipulations du contrat d'engagement des fonctionnaires du Bureau international du Travail – et autres organisations ayant reconnu la compétence du Tribunal³⁷ - et des dispositions du statut du personnel qui sont applicables à l'espèce;

2- statuer sur tout différent concernant les indemnités prévues pour les cas d'invalidité et d'accident ou de maladie survenus à un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, et pour fixer définitivement le montant de l'indemnité, s'il y a lieu;

3- connaître des requêtes fondées sur l'inobservation du Règlement de la Caisse des pensions ou des règles en application de ce dernier, et formées par un fonctionnaire, le conjoint ou les enfants d'un fonctionnaire ou par toute catégorie de fonctionnaires à laquelle s'appliquent ledit règlement ou lesdites règles ;

4- connaître des différends issus de contrats auxquels l'OIT est partie, en vertu d'une clause compromissoire.

Les compétences du TANU sont similaires: L'article 2 du Statut du TANU³⁸ affirme la

³⁶ Statut adopté par la Conférence internationale du Travail le 9 octobre 1946 et modifié par la Conférence le 29 juin 1949, le 17 juin 1986, le 19 juin 1992 et le 16 juin 1998.

³⁷ Celui-ci, à l'heure actuelle, est compétent pour une quarantaine d'organisations, dont l'OIT, l'OMS, l'UIT, l'UNESCO, l'OMM, la FAO, le CERN, l'OMC, l'AIEA, l'OMPI, Eurocontrol, l'AELE, ce qui représente un total de 34 600 justiciables (informations communiquées par le greffe du Tribunal).

³⁸ Statut adopté par l'Assemblée générale le 24 novembre 1949 [résolution 351 A (IV)] et amendé le 9 décembre 1953, le 8 novembre 1955, le 11

compétence du Tribunal pour connaître des requêtes invoquant l'inobservation du contrat d'engagement des fonctionnaires du Secrétariat des Nations Unies ou des conditions d'emploi de ces fonctionnaires et pour statuer sur lesdites requêtes. Selon l'article 14, la compétence du Tribunal peut-être étendue à toute institution spécialisée reliée à l'Organisation des Nations Unies et également, moyennant l'approbation de l'Assemblée générale, à toute autre organisation ou entité internationale créée par un traité et affiliée au régime commun des conditions d'emploi³⁹. Le contentieux des pensions est en principe réservé au TANU (art. 14 § 2) qui a vu aussi sa compétence s'élargir au personnel du Greffe de la Cour internationale de Justice (§ 1).

Composition et structure

Le TANU comme le TAOIT comprennent sept juges, chacun devant appartenir à une nationalité différente. Les juges sont nommés pour une durée de quatre ans⁴⁰ – renouvelable une fois – par l'Assemblée générale des Nations Unies et pour une durée de trois ans –renouvelable - par la Conférence de l'Organisation internationale du Travail respectivement. Les juges, dont la présence physique au Tribunal ne dépasse pas quelques semaines par session, ne sont pas assistés de référendaires. Le personnel permanent - dont les effectifs varient - est réuni au sein du greffe (TAOIT) ou du secrétariat exécutif (TANU), la majorité des postes et des frais fixes de fonctionnement étant répartis, d'une manière générale, entre les organisations au prorata de la population des justiciables.

Le TANU est actuellement composé comme suit (mai 2001):

décembre 1995, le 15 décembre 1997 et le 12 décembre 2000.

³⁹ OMI, OACI.

⁴⁰ Effet au 1^{er} janvier 2001.

M. Kevin Haugh (Irlande), Mme Deborah Taylor Ashford (Etats-Unis), M. Julio Barbosa (Argentine), M. Mayer Gabay (Israël), M. Bireedo (Soudan), M. Flogaidis (Grèce), Mme Stern (France).

Le TAOIT est composé comme suit :

M. Michel Gentot (France), Mme Mella Carroll (Irlande), M. Seydou Ba (Sénégal)
M. Jean-François Egli (Suisse), M James K. Hugessen (Canada), Mme Flerida Ruth P. Romero (Philippines), Mme Hildegard Rondón de Sansó (Venezuela).

Les deux tribunaux, pour siéger, doivent être composés de trois juges (ou pour les affaires exceptionnelles, de cinq, voire sept juges pour le TAOIT). Les tribunaux se réunissent en session ordinaire aux dates fixées par leur règlement, à condition qu'il y ait des affaires au rôle et que, de l'avis du président, ces affaires justifient la tenue de la session. Au TAOIT, une centaine d'affaires sont traitées par année.

Procédure

En règle générale, une requête n'est recevable que si la décision contestée est définitive et que l'intéressé a épuisé tous les moyens de recours mis à sa disposition par le Statut du personnel. La requête, pour être recevable, doit être introduite dans les quatre-vingt-dix jours à compter de la notification au requérant de la décision contestée.

Dans le cadre du TANU et du TAOIT, on ne retrouve pas le principe de la représentation obligatoire. Tout requérant peut défendre personnellement sa cause tant par écrit qu'oralement ou désigner à cette fin un mandataire fonctionnaire ou ancien fonctionnaire soit de l'Organisation des Nations Unies soit, dans le cadre du TAOIT, d'une organisation ayant reconnu la compétence du Tribunal. Il peut s'agir

également d'un avocat inscrit au barreau d'un Etat membre de ces organisations, soit, avec l'autorisation du président, d'une personne qualifiée pour traiter des problèmes de la fonction publique internationale (TAOIT). Quant au défendeur, il est en général représenté par le conseiller juridique de l'organisation.

Contrairement à la position de certaines juridictions européennes, et notamment celle de la CJCE, le TANU et le TAOIT considèrent que le droit de recours suppose une relation contractuelle qui dès lors exclut de leur compétence la question des candidatures au recrutement externe.

De même, la situation n'a guère évolué quant à la situation des organisations représentatives du personnel. Ici encore, la marge de manœuvre des organisations syndicales et professionnelles semble moindre que celle reconnue dans le cadre communautaire, même si le droit de recours des organisations syndicales et professionnelles échappe au contentieux statutaire et se limite au cadre plus général du recours en annulation prévu par le Traité CE. Dans le cadre du TAOIT, le recours collectif n'est pas admis en tant que tel. Pour l'heure, selon le Tribunal, « la seule manière de faire valoir un intérêt collectif consiste dans l'action individuelle de fonctionnaires, qui, par leur caractère représentatif, sont en mesure de défendre les droits et intérêts collectifs de tout ou partie du personnel »⁴¹. Dans ces conditions, si deux ou plusieurs fonctionnaires souhaitent saisir le Tribunal d'une même affaire, chacun doit présenter une requête distincte, quitte à ce que le Conseil des requérants, le cas échéant, soit le même et que le texte soit identique. Cela renvoie en outre à la question de la coopération avec les organes représentatifs du personnel qui reste très inégale selon les organisations, les hommes et les affaires.

⁴¹ Jugement 1269 du 14/07/1993.

On peut aussi s'interroger sur le caractère fictif de certains aspects de la procédure, dans la mesure où, fondée sur des recours individuels contre des décisions individuelles, elle peut désigner en pratique des recours collectifs contre des actes réglementaires.

Pour ce qui est de l'intervention, celle-ci n'est pas véritablement admise au profit des associations du personnel, contrairement là encore à la situation des Communautés européennes, même si on note certains palliatifs comme l'intervention du président d'une Association agissant à titre personnel.

Les écritures prennent fin avec la duplique de la défenderesse, le Tribunal ou son Président pouvant ordonner la communication d'autres écritures ou d'autres pièces.

Les parties peuvent solliciter un débat oral et/ou l'audition de témoins en sus des écritures. En réalité, il est très rare que, dans les systèmes des Nations Unies, les tribunaux acceptent les demandes de débat oral, même s'il est possible de penser que la tenue d'audiences permettrait de raccourcir la durée de la procédure qui reste, somme toute, relativement prompte comparée aux instances juridictionnelles nationales (environ une année).

Le dépôt d'une requête est gratuit, mais il se peut que le requérant encoure des frais pour les services de son conseil. Le requérant débouté n'aura généralement pas droit aux dépens. Celui qui obtient gain de cause bénéficiera du montant que le Tribunal jugera approprié de lui octroyer dans les circonstances de l'espèce. Nous avons montré, dans le cadre d'une étude réalisée pour le TAOIT, qu'en la matière le Tribunal dispose d'un pouvoir souverain qui n'est limité par aucun texte. Si le montant moyen des dépens accordés varie nettement en fonction de la présence ou de

l'absence de conseil, il est clair que les montants accordés ne couvrent que très partiellement les frais engagés. Il n'est pas difficile d'imaginer que les honoraires des avocats dépassent souvent de très loin le montant moyen des dépens octroyés. La particularité du TAOIT est néanmoins de rappeler dans les résumés de procédure de manière quasi-systématique le montant des dépens demandés lorsqu'il est spécifié dans le formulaire de requête, ce qui permet d'établir certaines comparaisons. Il existe donc un élément de référence tangible qui très souvent fait défaut dans d'autres juridictions internationales de même nature. Enfin, nous pouvons ajouter que pour ce qui est des demandes reconventionnelles émanant de la part d'organisations, le TAOIT n'a jamais eu pour pratique d'enjoindre au requérant de payer tout ou partie des dépens d'une organisation. Il s'estime toutefois en droit de le faire dans le but de décourager les requêtes abusives⁴².

Portée des décisions rendues

Les jugements du TANU sont rédigés dans l'une des six langues officielles de l'ONU, en français et en anglais pour ceux du TAOIT. Lus en audience publique, les jugements sont motivés. Leur rédaction relève de traditions fort différentes d'une juridiction à l'autre, plutôt anglo-saxonne pour le TANU, plutôt elliptique pour le TAOIT, à l'instar des arrêts du Conseil d'Etat français.

Lorsque la requête est reconnue comme fondée, les juges peuvent soit renvoyer l'affaire devant le défendeur pour qu'une mesure adéquate soit prise, soit annuler la décision attaquée, soit ordonner le versement d'une indemnité en réparation du préjudice subi.

⁴² Cf. jugement 1884 du 08/07/1999.

Dans son avis du 13 juillet 1954, la Cour internationale de justice avait levé toute ambiguïté quant à l'effet des jugements du Tribunal administratif des Nations Unies. La Cour a en effet reconnu que les jugements rendus par ledit tribunal, en tant que « corps indépendant et véritablement judiciaire » prononçant « des jugements définitifs et sans appel dans le cadre de ses fonctions », sont revêtus de l'autorité de la chose jugée et ont force obligatoire entre les parties au différend. Il s'agit d'une autorité relative et si parfois les juridictions administratives se réfèrent à la jurisprudence d'autres instances, elles ne s'estiment pas liées par ces dernières.

On remarquera toutefois qu'il arrive que les Organisations créent des difficultés dans l'exécution même des jugements. Les incidents d'exécution peuvent dès lors conduire à l'allocation de dommages-intérêts moratoires, voire au prononcé d'une nouvelle condamnation sous astreinte. On soulignera que la jurisprudence du TAOIT n'exige pas, lorsque le litige ne porte que sur l'exécution d'un précédent jugement, l'épuisement des voies de recours internes⁴³.

Il existe des voies de recours contre les décisions des juridictions administratives internationales (recours en interprétation, en rectification et en révision) mais, contrairement à la procédure du pourvoi en droit communautaire, on ne retrouve pas, dans le système des Nations Unies, de double degré de juridiction, ce qui pose, au moins en théorie, outre l'intérêt de la partie déboutée à remettre en cause un jugement, le problème éventuel de divergence de jurisprudence entre le TANU et le TAOIT. Il existe cependant un mécanisme de réformation – plus proche de la cassation que de l'appel – qui concernait à l'origine, selon des modalités différentes, les deux

juridictions, toutes deux faisant intervenir la Cour internationale de Justice. Aujourd'hui, seul le Statut du TAOIT (art. XII) prévoit cette saisine, laquelle n'est ouverte qu'aux organes exécutifs des Organisations mises en cause, ce qui affaiblit très nettement la procédure de réformation⁴⁴. L'ancien article 11 du Statut du TANU a été, quant à lui, récemment abrogé. De sérieuses critiques étaient en effet adressées au mécanisme de réformation des jugements du TANU, dans la mesure où il faisait intervenir un organe de filtrage de nature politique, somme toute davantage au service des Etats qu'à celui des requérants⁴⁵. Il était par ailleurs difficilement acceptable que des représentants des Etats et non pas des personnalités indépendantes soient appelés à faire un métier de juge en ayant une condition incompatible avec l'exercice de cette fonction. Il n'en reste pas moins que si l'article 11 a été supprimé, l'écrasante majorité des Etats à l'Assemblée générale des Nations Unies a considéré que les jugements du TANU devaient être définitifs et sans appel. Il s'agit là d'un inconvénient majeur qui demeure au sein du système de protection juridictionnelle des fonctionnaires internationaux.

Benoît Guiguet

⁴⁴ Selon l'article XII du Statut du TAOIT, le Conseil d'administration du BIT peut soumettre à la Cour un jugement du TAOIT dans deux hypothèses : si ledit Conseil d'administration ou le Conseil d'administration de la Caisse des pensions conteste une décision du Tribunal affirmant sa compétence et si l'un de ces deux organes considère qu'une décision du Tribunal est viciée par une faute essentielle dans la procédure suivie.

⁴⁵ Cf. Doc. Assemblée générale, A/C. 6/49/2, 17/10/1994.

⁴³ *Le contentieux de la fonction publique internationale*, op. cit., p. 44.

Mes rapports préalables d'aujourd'hui

Comme dans le passé, l'Amicale maintient le défi de garder le contact avec les anciens de sa troupe. Voici le témoignage d'un de nos anciens qui nous fait part des "rapports préalables" dont il est chargé aujourd'hui.

Gerhard Grill, Principal Legal Advisor, Office of the European Ombudsman, Strasbourg (Legal Secretary of Advocate-General Lenz from 1992 until 1997)

After my Luxembourg years, I returned to the Commission's DG Competition where I was put in charge of the postal sector, notably the issue of cross-border delivery. Unfortunately the Belgian post then decided in 1999 to increase its postage quite considerably, claiming that this was what the Commission wanted it to do. Having thus attracted the displeasure of all those relying on the service (if any) of the Belgian post, I thought it would be safer to seek asylum in the Ombudsman's office in Strasbourg.

The European Ombudsman's office is rather small, comprising less than 30 people. The Ombudsman's task is to examine instances of maladministration in the activities of the Community institutions and bodies. Current référendaires will be relieved to hear that the Ombudsman's mandate does not extend to the Court of Justice and the Court of First Instance "acting in their judicial role". The

Ombudsman would therefore not be able to deal with complaints about delays in producing rapports préalables or opinions.

The Ombudsman's role hinges on the interpretation of the term "maladministration". In the absence of a definition in the EC Treaty or secondary legislation, the Ombudsman has adopted a rather large definition: In his view, maladministration occurs where a public body fails to act in accordance with a rule or principle which is binding upon it. This means for example that the Ombudsman also examines whether the administration has acted in accordance with the law. There is no competition with the Community courts, however: Where a complainant submits his case to a court, the Ombudsman immediately closes his inquiry.

The main task of the Ombudsman's legal experts ('legal officers' or 'legal advisors'; there are at present 11 of them) consists of examining the incoming complaints and preparing draft decisions for the Ombudsman's signature. In 2000, there were more than 1 700 complaints. However, an inquiry was only initiated in some 220 cases (many complaints are inadmissible because they are not directed at Community institutions or bodies). In

the same year, nearly 240 cases were closed with a reasoned decision.

The attribution of cases to legal officers is primarily carried out on the basis of linguistic capacities. Cases relating to an existing complaint or new complaints by the same complainant will however normally be given to the same legal officer. There is therefore a great variety of cases to be dealt with by each of us, ranging from trivial cases (failure to reply to a letter within reasonable time) to complicated and/or important matters (for example a complaint against the Commission's rule according to which national experts on secondment are not allowed to work on a part-time basis).

The work of a legal officer may thus to a certain extent be compared to that of a référendaire. The Ombudsman insists, however, that his decisions be short and intelligible to the average reader. This requires adaptation, especially if you have worked for an Advocate-General. Our texts are therefore rather short and concentrate on what we believe to be the essential issues.

The Ombudsman is also able to open inquiries on his own initiative. This is a useful tool, and it has been used successfully in a number of cases (e.g. convincing the Commission that candidates in competitions should be allowed to see their marked examination papers).

It should not go unmentioned that the work of legal officers is not limited to complaints-related matters. Each day a considerable number of requests for information reaches the office which need to be dealt with. In addition to this, there are frequent calls from citizens who need help. There are sad cases which require much patience – and other ones that are more cheerful. Last year I had a call from an Irish lady who informed me that letters

asking NATO to bomb Serbia had been forged, using her signature. When I asked who had committed this heinous act she replied: "The Pope", and it was not easy to explain to her, in a serious voice, that His Holiness is not a 'Community institution or body'... A few weeks after arriving at the office, I also received the dubious distinction of being appointed the Ombudsman's agent in the first case where a disgruntled complainant had taken the Ombudsman to court (case T-103/99). The language of the case being Italian, I was already looking forward with some concern to the oral hearing (mamma mia !). However, the CFI closed the case by an order and thus deprived you of your amusement.

Nothing needs to be said about Strasbourg, I guess. However, one final apology is appropriate: Having experienced the 'service public' offered by the French post, the Belgian post begins to look like a paragon of efficiency (not to mention the good old Luxembourg post...).



ARRIVÉES ET DEPARTS DES RÉFÉRENDAIRES DU 16 NOVEMBRE 2000 AU 19 SEPTEMBRE 2001

La Cour:

Cabinet de M. le Président Rodrigez Iglesias

Le 1/12/00, **Julio Baqueiro**, venant d'achever son doctorat à l'Institut européen de Florence a pris ses fonctions de référendaire au sein du cabinet de M. le président de la Cour, en vue de remplacer **Olivier Waelbroek**, qui avait remplacé en septembre **Elisabeth Willocks**, partie au Conseil et qui a rejoint le service juridique de l'Office d'Harmonisation du marché intérieur à Alicante.

Cabinet de Mme le juge Macken

A la même date, **Michael O'Neill** a quitté le cabinet de Mme le juge Macken pour rejoindre la "An tÚdaras Náisiúnta Um Shábháilteacht Agus Sláinte Ceirde" (Health and Safety authority) à Dublin. Il a été remplacé par **Siofra O'Leary**, qui était antérieurement référendaire au cabinet de M. le juge Mancini et est devenue entretemps visiting fellow de l'University College Dublin.

Cabinet de M. l'avocat général Mischo

En janvier, **Marie-Paule Bisdorff** a quitté le cabinet de M. l'avocat général Mischo pour devenir substitut principal à Diekirch. Elle a été remplacée par **Jan Inghelram**, ancien membre du service juridique de la Cour des Comptes.

Cabinet de M. l'avocat général Tizzano

Criseide Novi a quitté le cabinet de M. l'avocat général Tizzano pour prendre un poste à l'université de Naples. Elle a été remplacé par **Matteo Bay**, ancien référendaire chez M. le juge La Pergola.

Cabinet de M. le juge Skouris

En février, **Vassilios Christianos** a quitté le cabinet de M. le juge Skouris pour devenir professeur à l'université d'Athènes. Il a été remplacé par **Georgia Georgiadou**, précédemment juriste linguiste à la Cour.

Cabinet de M. le juge Timmermans

En avril, **Hubert van Vliet** a quitté le cabinet de M. le juge Timmermans pour reprendre un poste au service juridique de

la Commission, à Bruxelles. Il a été remplacé par **Christopher van der Hauwaert**, du même service.

Cabinet de M. le greffier Grass

En mai, **Serge Patou** a quitté le cabinet de M. le greffier Grass pour redevenir juriste-linguiste à la Cour. Il a été remplacé par **Jose Nunes de Carvalho**, précédemment assistant de M. Weber, ancien directeur de la traduction à la Cour.

Cabinet de Mme le juge Colneric

En août, **Régine Winter**, qui travaillait auparavant au Bundessozialgericht, a rejoint le cabinet de Mme le juge Colneric en remplacement de **Michael Ahlt**, devenu membre du Bundesgerichtshof.

Cabinet de M. l'avocat général Alber

En septembre, **Christoph Sobotta** a quitté le cabinet de M. l'avocat général Alber pour rejoindre la Commission. Il a été remplacé par **Thomas Henze**, précédemment au ministère de l'économie de la république fédérale d'Allemagne.

Cabinet de M. le juge Puissochet

A la même date, **Stéphane Gervasoni**, du Conseil d'Etat français, a rejoint le cabinet de M. le juge Puissochet, en remplacement de **Hubert Legal**, nommé juge au Tribunal de première instance. Toutes nos félicitations, Hubert, pour cette magnifique nomination !

George Friden

Le Tribunal:

Cabinet de M. le juge Mengozzi

Maria Chiara Malaguti a quitté, le 15 novembre 2000, le Tribunal. Elle partage désormais son temps en exerçant les fonctions de "Professore associato" de droit commercial international à la faculté de droit de l'Université de Lecce et d'expert juridique à la BCE. Elle est remplacée par **Maria Teresa D'Alessio**, anciennement avocat dans le cabinet Salans, Hertzfeld et Heilbronn à Paris.

Ce même cabinet a vu le départ de **Chiara Cattabriga** qui a rejoint le Service Juridique de la Commission. Elle sera remplacée, le 5 octobre 2001, par **Valerio Placco** qui nous vient de l'autorité de concurrence italienne et avait déjà fait un passage à la Cour en tant que membre de l'équipe de la recherche et documentation.

Cabinet de M. le juge Meij

Steven Cras a cessé ses fonctions auprès du cabinet de M. le juge Meij pour rejoindre le Conseil de l'Union européenne à Bruxelles, en qualité d'administrateur. Le 15 janvier 2001, il a été remplacé par **Bart van Lierop**, qui est un conseiller à la Cour d'appel de la Haye, en détachement.

Harold Nyssens a quitté, le 29 juin dernier, le cabinet de M. le juge Meij pour rejoindre la Commission à Bruxelles en qualité d'administrateur à la Direction Générale de la Concurrence, unité E.3 "Energie, eau et acier". Il est remplacé par **Dimitri Mertens de Wilmars**, anciennement avocat au sein du bureau bruxellois du cabinet Jones, Day, Reavis & Pogue.

Cabinet de Mme le juge Lindh

En septembre 2001, **Jörgen Hettne** a quitté le Tribunal pour un poste de chercheur à l'Université de Stockholm. Il a été remplacé par **Pascal Cardonnel**, auparavant membre de l'équipe de la Task Force auprès du Président.

Cabinet de M. le juge García-Valdecasas

Lorena Boix Alonso a quitté, le 1er janvier 2001, le cabinet de M. le juge García-Valdecasas pour retourner en Espagne à l'Université d'Alicante. Elle est remplacée par **Gwenaël Muguet-Poullennec**, qui vient du bureau parisien du cabinet Cleary Gottlieb Steen & Hamilton.

Cabinet de M. le juge Vilaras

Christos Vassilopoulos, avocat de formation et ancien élève de l'ENA (promotion Valmy), a pris ses fonctions le 1^{er} février 2001 en remplaçant **Aristotelis Kaplanidis**.

Cabinet "français" de MM. le juge Potocki et Legal

Avec le départ de M. le juge Potocki, **Julien Jorda** nous a quitté pour prendre un poste de maître de conférence et préparer l'agrégation (bonne chance !). Au sein du nouveau cabinet de M. le juge Legal, ce poste sera occupé par **Florence Malvasio**, premier conseiller de Tribunal administratif et de Cour d'appel, qui a travaillé dernièrement pour le Ministère français de la Justice.

Task Forces du Tribunal

Piet van Nuffel a quitté, le 1^{er} mai 2001, la Task Force Concurrence pour rejoindre la

Commission à Bruxelles en qualité d'administrateur à la Direction Générale de la Concurrence, unité A.1 "Politique générale de la concurrence, aspects économiques et juridiques".

Hannes Krämer est entré en fonctions en qualité de référendaire dans la Task Force Marques le 7 décembre 2000. Avant de rejoindre le Tribunal, il était fonctionnaire au ministère allemand de la justice, affecté à la représentation permanente de l'Allemagne auprès de l'Union européenne à Bruxelles.

Stéphane Beslier, précédemment expert national détaché à la Direction générale de Commerce, unité F.4 "Nouvelles technologies, propriété intellectuelle, marchés publics", a commencé, le 15 mars 2001, également dans la Task Force Marques.

Pour remplacer Pascal Cardonnel, **Bruno van Hees** a rejoint la Task Force le 4 septembre 2001. Il nous vient du cabinet d'avocat De Bandt Van Hecke Lagae & Loesch.

Sari Haukka

